

Vergaderjaar 2009–2010

31 058

Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)

Nr. 29

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 31 maart 2010

I. Inleiding

Tijdens het voortgezet wetgevingsoverleg (Kamerstuk 31 058, nr. 22) over enkele wetsvoorstellen op het terrein van het vennootschapsrecht (31 058, 31 065, 31 746, 31 763 en 31 877) op 2 december 2009 heb ik toegezegd uw Kamer schriftelijk te informeren over de contouren van een wettelijke regeling omtrent het terugvorderen van bonussen van bestuurders (ook wel aangeduid als *claw back*) en de toetsing van het toekennen van bonussen van bestuurders aan de redelijkheid en billijkheid. Met de onderhavige brief doe ik deze toezegging gestand, mede namens de Minister van Financiën. Op korte termijn zal een wetgevingstraject starten om de bevoegdheid tot *claw back* en redelijkheids- en billijkheidstoetsing wettelijk te verankeren. Wat betreft de financiële sector wordt uw Kamer hierover nader door de Minister van Financiën geïnformeerd. De onderhavige brief geeft een uiteenzetting over de vraag op welke wijze de raad van commissarissen een passend instrumentarium kan worden geboden om excessieve variabele beloningen van bestuurders tegen te gaan. Daarmee wordt de bevoegdheid van de raad van commissarissen in het bezoldigingsbeleid versterkt en nader geconcretiseerd. Hieronder volgt eerst een overzicht van de achtergrond en stand van zaken van de huidige regelgeving en praktijk, de internationale ontwikkelingen en de mogelijkheden op grond van bestaande wetgeving. Voorts worden de contouren van een wettelijke redelijkheidstoets en *claw back* bevoegdheid voor de raad van commissarissen nader uitgewerkt.

II. Achtergrond en huidige stand van zaken inzake beloningen van bestuurders

De bezoldiging van bestuurders van beursvennootschappen is sinds de jaren negentig van de vorige eeuw voorwerp van maatschappelijke discussie. In 1997 beval de Commissie Corporate Governance (Commissie

Peters) aan dat in het financieel verslag meer informatie wordt verstrekt over de bezoldiging van de bestuurders, onder meer door meer inzicht te geven in het aandelenbezit. Omdat bleek dat de aanbevelingen niet goed werden nageleefd, is bij wet van 18 april 2002 de openbaarmaking van de bezoldiging en het aandelenbezit van bestuurders en commissarissen verplicht gesteld in artikel 2:383b BW e.v. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel geeft inzicht in de overwegingen van destijds: *«De vraag naar de hoogte en structuur van de beloning van bestuurders en commissarissen is niet alleen van belang voor de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon. De door de rechtspersoon in stand gehouden onderneming vervult in onze samenleving verschillende rollen: als producent of leverancier van goederen of diensten, als verschaffer van werk en inkomen en als beleggingsobject voor aandeelhouders, waaronder pensioenfondsen en verzekeringsmaatschappijen. Zij allen hebben baat bij een deskundige en met visie geleide onderneming. De taken van bestuurder en commissaris brengen aldus veel verantwoordelijkheid met zich. Evenals elders in de samenleving staat daar een bepaalde beloning tegenover. De laatste jaren lijkt zich een tendens te ontwikkelen naar een beloning die wat betreft hoogte en structuur nadrukkelijker aansluit bij internationale, in het bijzonder Angelsaksische, ontwikkelingen. [...] Naar ons oordeel behoort een ondernemingsbestuur dat zich wil laten belonen naar internationaal (Angelsaksisch) voorbeeld daarover ten minste dezelfde openheid te betonen als in de Angelsaksische wereld gebruikelijk is. De bij de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming betrokkenen hebben er recht op geïnformeerd te worden over de bedragen die met het aantrekken respectievelijk vasthouden van bestuurders en commissarissen gemoeid zijn. Alleen op die manier is een op de feiten gebaseerd oordeel over de kosten van bestuur en toezicht in verhouding tot de prestaties van onderneming en ondernemingsleiding mogelijk».*¹

De Nederlandse corporate governance code uit 2003 weerspiegelt deze opvattingen en bouwt hierop voort. Sinds 2004 heeft de algemene vergadering de bevoegdheid het bezoldigingsbeleid vast te stellen, inclusief de toekenning van bonussen (artikel 2:135 BW). De bezoldiging van individuele bestuurders wordt met inachtneming van het beleid vastgesteld door de algemene vergadering, tenzij bij de statuten een ander orgaan is aangewezen. In de praktijk is de raad van commissarissen veelal verantwoordelijk voor de vaststelling van de bezoldiging van individuele bestuurders bij beursvennootschappen.

De rol van de raad van commissarissen bij het vaststellen van de bezoldiging van individuele bestuurders heeft in de loop van de tijd meer aandacht gekregen. De Nederlandse corporate governance code uit 2008 (hierna: Code 2008) geeft de raad van commissarissen een aantal wenken om zijn taken op dit terrein zorgvuldig uit te voeren, zoals het opstellen van scenario-analyses voorafgaand aan het opstellen van het bezoldigingsbeleid en voorafgaand aan de vaststelling van de bezoldiging van individuele bestuurders (men zie best practice bepaling II.2.1). De redelijkheidstoets en de *claw back* bevoegdheid zijn neergelegd in best practice bepaling II.2.10 en II.2.11 van de Code 2008. Best practice bepaling II.2.10 bepaalt dat de raad van commissarissen de bevoegdheid heeft de waarde van een in een eerder boekjaar toegekende voorwaardelijke variabele bezoldigingscomponent beneden- of bovenwaarts aan te passen, wanneer deze naar zijn oordeel tot onbillijke uitkomsten leidt vanwege buitengewone omstandigheden in de periode waarin de vooraf vastgestelde prestatiecriteria zijn of dienden te worden gerealiseerd. In best practice bepaling II.2.11 staat dat de raad van commissarissen de bevoegdheid heeft de variabele bezoldiging die is toegekend op basis van onjuiste (financiële) gegevens terug te vorderen van de bestuurder (*claw back clause*).

¹ Kamerstukken II 2000/2001, 27 900, nr. 3.

De Code 2008 is bij besluit van 10 december 2009 (Staatsblad 2009, 545) aangewezen als gedragscode in de zin van artikel 2:391 lid 5 BW en daarmee wettelijk verankerd. Dit houdt in dat Nederlandse beursvennootschappen over het boekjaar 2009 verantwoording afleggen over de naleving van de principes en best practice bepalingen uit de Code 2008. De in opdracht van de Nederlandse Vereniging van Banken opgestelde code banken bevat vergelijkbare bevoegdheden voor de raad van commissarissen (6.4.5 en 6.4.6). Het kabinet streeft ernaar deze code binnenkort aan te wijzen als gedragscode voor Nederlandse banken met terugwerkende kracht tot 1 januari 2010.

Uit de toelichting op de Code 2008 blijkt dat de gedachte is dat de raad van commissarissen de redelijkheidstoets en de *claw back* clause in nieuwe contracten met bestuurders opneemt en zich inspant om bestaande contracten open te breken om deze bevoegdheden daarin vast te leggen. De Code gaat daarbij uit van een zekere inspanning van de raad van commissarissen. Zou de raad van commissarissen daartoe niet overgaan, dan zal daarover verantwoording moeten worden afgelegd aan de algemene vergadering op grond van het «pas toe of leg uit» beginsel. In de kabinetsreactie op de Code 2008 is opgemerkt dat aan de naleving van de redelijkheidstoets en de *claw back*-clause de gedachte ten grondslag ligt dat de bestuurders zich vrijwillig aan het oordeel van de raad van commissarissen onderwerpen en hun medewerking verlenen aan de uitvoering van een dergelijk besluit.¹ De kabinetsreactie gaat ervan uit dat hiertoe door de vennootschap met de bestuurders een overeenkomst wordt gesloten.

De feitelijke ontwikkeling van de beloningen van bestuurders van beursvennootschappen is onderzocht door de Monitoring Commissie Corporate Governance Code. Uit het rapport van de Commissie Frijns uit december 2007 blijkt dat de bestuursbezoldiging in de periode 2002–2006 substantieel gestegen is, dat stijgingen in de ons omringende landen groter zijn geweest en dat de hoogte van de beloning in Nederland in vergelijking met andere landen gematigd is.² Voorts blijkt uit het eerste rapport van de Commissie Streppel dat de totale bezoldiging en de totale contante bezoldiging van bestuurders van AEX-vennootschappen is gedaald. Laatstgenoemde daling is met name veroorzaakt door een daling in de korte termijn variabele beloning.³ De Commissie Streppel meent dat deze daling erop lijkt te wijzen dat de beloningsstructuur de prestaties van de (AEX)vennootschap in tijden van crisis reflecteert. Niet bekend is hoe de hoogte van variabele beloningen zich zal ontwikkelen op de langere termijn.

III. Internationale ontwikkelingen

In internationaal verband hebben de redelijkheidstoets en de *claw back* clause als reactie op de kredietcrisis tot op zekere hoogte weerklank gevonden. Men zie de aanbeveling van het European Corporate Governance Forum van maart 2009, de ICGN verklaring van 23 maart 2009 en de aanbevelingen van de Europese Commissie van april 2009.

Duitsland kent een met de redelijkheidstoets vergelijkbare wettelijke regeling in § 87 van het Aktiengesetz (hierna: AktG), die sinds 5 augustus 2009 is aangescherpt (Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG). Daar is bepaald dat de Aufsichtsrat voor buitengewone ontwikkelingen een begrenzungsmöglichkeit overeenkomt. De Duitse wet bevat een dwingende regeling voor het geval de situatie van de vennootschap na het sluiten van de overeenkomst met de bestuurder zo verslechtert, dat nakoming van de overeenkomst onbillijk is. Dan dient de Aufsichtsrat de beloning benedenwaarts aan te passen tot passende hoogte (§ 87 Abs. 2 AktG). Het moet daarbij gaan om een verslechtering van de economische situatie van de vennootschap, bijvoorbeeld wanneer bij de vennootschap gedwongen ontslagen plaatsvinden, geen winst kan

¹ Kamerstukken II 2008/2009, 31 083, nr. 29.

² Monitoring Commissie Evaluatierapport juni 2008.

³ Eerste rapport Monitoring Commissie Corporate Governance Code, december 2009, p. 33: De bezoldiging van bestuursvoorzitters is met 40% afgenomen en de bezoldiging van overige bestuurders met 33%. De korte termijn variabele beloning is voor bestuursvoorzitters gedaald met 45,3% en voor overige bestuurders met 38,4%.

worden uitgekeerd of loonoffers worden gevraagd. Een teleurstellend presteren van de bestuurder wordt in de Duitse literatuur geen zelfstandige grond voor aanpassing geacht.

IV. Mogelijkheden op grond van bestaande wetgeving

Aanpassing van de uitbetaling van een overeengekomen beloning kan op basis van de bestaande wetgeving in uitzonderlijke gevallen plaatsvinden. Op grond van artikel 6:248 lid 2 BW is een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing voor zover dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Daarnaast bepaalt artikel 6:258 lid 1 BW dat de rechter op verlangen van een der partijen op grond van onvoorziene omstandigheden de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of de overeenkomst geheel of gedeeltelijk kan ontbinden. Dit is mogelijk indien de omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Uit de memorie van toelichting volgt dat wordt gedacht aan de aan overmacht grenzende gevallen waarin de nakoming van een overeenkomst uitermate bezwaarlijk is geworden. Met betrekking tot het terugvorderen van reeds uitbetaalde beloning is van belang dat op basis van artikel 6:203 lid 1 BW degene die een ander zonder rechtsgrond een geldsom heeft betaald, gerechtigd is dit bedrag van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen. Een voorbeeld hiervan biedt de uitspraak van Rechtbank Utrecht van 21 mei 2008 (233595/Ha Za 07-1308) waarin een intermediair op basis van een agentuurovereenkomst recht had op een bonus indien hij meer omzet maakte dan 700.000 euro. Hem was de bonus vooruitbetaald. Toen bleek dat hij de omzetgrens niet had bereikt, moest hij de bonus terugbetalen. Indien het gaat om het opzettelijk in strijd met de wet verstrekken van onjuiste gegevens, dus om leugen en bedrog, geeft artikel 2:9 BW de vennootschap die als gevolg van onbehoorlijk bestuur schade lijdt, de mogelijkheid de bestuurder aan te spreken tot vergoeding van die schade. De bestuurder is gehouden tot vergoeding van de schade indien hem een ernstig verwijt treft. Indien sprake is van leugens en bedrog, zal daarvan in de regel sprake zijn. Of daadwerkelijk sprake is van een ernstig verwijt moet door de rechter worden vastgesteld. De schade zal mogelijk groter zijn dan uitsluitend de terug te vorderen beloning van de bestuurder.

V. Keuze en uitwerking wettelijke bevoegdheden

Het kabinet acht het essentieel dat de raad van commissarissen beschikt over de bevoegdheid een bonus terug te vorderen («*claw back*») of de waarde ervan aan te passen (redelijkheidstoets), onafhankelijk van de inspanning van individuele raden van commissarissen om tot contractuele afspraken te komen en onafhankelijk van het «pas toe of leg uit» beginsel. Uitgaande van de reeds bestaande wettelijke mogelijkheden binnen het privaatrecht, acht het kabinet het wenselijk dat in boek 2 BW wordt vastgelegd dat de raad van commissarissen over de bevoegdheid tot aanpassing dan wel terugvordering beschikt.

Voor de vraag op welke wijze een wettelijke aanpassingsbevoegdheid respectievelijk terugvorderingsbevoegdheid kan worden vormgegeven zijn de volgende deelvragen relevant:

1. Welke ondernemingen worden geraakt?
2. Welke beloning wordt geraakt?
3. Aan wie komt de bevoegdheid toe?
4. Welke omstandigheden zijn relevant?
5. Hoe gaat aanpassen c.q. terugvorderen in zijn werk?

1. Welke ondernemingen worden geraakt?

De Minister van Financiën heeft aangekondigd dat voor financiële instellingen op korte termijn een wettelijke regeling wordt gemaakt. Reden hiervoor is dat de buitensporige bonussen hebben bijgedragen aan een – achteraf gezien – onverantwoorde risicobereidheid binnen financiële instellingen, terwijl de overheid moest inspringen om bedrijven in deze sector te steunen. Ook bij andere ondernemingen kunnen bonussen bijvoorbeeld zo zijn vormgegeven, dat de ontvangers zich niet langer laten leiden door het (lange termijn) belang van de onderneming. Dit kan mede een gevolg zijn van de omstandigheid dat de prestatie maatstaven waarop de bonus is gebaseerd onvoldoende samenhangen met het (lange termijn) belang van de onderneming.

De vraag is of voor naamloze vennootschappen een afzonderlijke wettelijke regeling naast de huidige mogelijkheden die de wet en de Code 2008 bieden noodzakelijk c.q. wenselijk is. Een reden voor een algemene wettelijke regeling is dat de perverse prikkels die kunnen uitgaan van bonussen zich niet hoeven te beperken tot financiële instellingen. Deze risico's gelden voor alle bedrijven waar bonussen aan bestuurders worden toegekend. Het kabinet meent dat een wettelijke regeling van de bevoegdheden van nut kan zijn voor alle naamloze vennootschappen met een door de algemene vergadering vastgesteld bezoldigingsbeleid. De verslaglegging over de uitoefening van de bevoegdheden wordt beperkt tot naamloze vennootschappen waar aandeelhouders meer op afstand staan, zogenoemde open naamloze vennootschappen.

2. Welke beloning wordt geraakt?

De beloning van bestuurders bestaat vaak uit een vast deel en een variabel deel. De wet maakt in artikel 2:383c BW onderscheid tussen periodiek betaalde beloningen, beloningen betaalbaar op termijn, uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband, winstdelingen en bonusbetalingen. Onder bonussen moet worden verstaan een variabel deel van de bezoldiging waarvan de toekenning afhankelijk is gesteld van het behalen van bepaalde vooraf omschreven doelstellingen (men vergelijkte principe II.2 van de Code 2008: «Voor het geval de bezoldiging bestaat uit een vast deel en een variabel deel, is het variabele deel gekoppeld aan vooraf bepaalde, beoordeelbare en beïnvloedbare doelen, die overwegend een lange termijn karakter hebben.»). Artikel 2:383c BW bepaalt dat, indien de vennootschap een bezoldiging in de vorm van een bonus heeft betaald die geheel of gedeeltelijk is gebaseerd op het bereiken van de door of vanwege de vennootschap gestelde doelen, zij hiervan mededeling doet. Daarbij vermeldt de vennootschap of deze doelen in het verslagjaar zijn bereikt. Een en ander geschiedt in de toelichting op de jaarrekening.

Een bonus kan worden uitgekeerd in de vorm van contant geld of in de vorm van opties of aandelen of andere op aandelen gebaseerde bezoldigingscomponenten, maar ook in de vorm van een bijdrage in de pensioenvoorziening. Er kan een zekere periode liggen tussen het moment waarop de bonus in het vooruitzicht is gesteld respectievelijk voorwaardelijk is toegekend en het moment waarop de voorwaarden zich hebben gerealiseerd. De bestuurder ontvangt de beloning eerst nadat de voorwaarden zich hebben voorgedaan, dat wil zeggen nadat de doelstellingen zijn behaald. Mogelijk is ook dat er een periode is afgesproken waarin de bestuurder weliswaar de beloning heeft verkregen, maar hierover nog niet kan beschikken (in de Code 2008 de *lock-up* periode genoemd). Deze periode strekt ertoe dat een bestuurder zijn opties of aandelen eerst kan verkopen wanneer de effecten van het behalen van de doelstelling zich hebben uitgekristalliseerd en in de koers zijn verwerkt.

De aanpassingsbevoegdheid en de terugvorderingsbevoegdheid moeten van elkaar worden onderscheiden. In geval de raad van commissarissen nog invloed kan uitoefenen op de beloning, omdat deze nog niet in het vermogen van de bestuurder is terecht gekomen, kan hij de hoogte ervan aanpassen in afwijking van de overeenkomst met de bestuurder. De terugvorderingsbevoegdheid kan eerst worden uitgeoefend wanneer de beloning is uitbetaald aan de bestuurder en zich in diens vermogen bevindt.

Zowel de aanpassingsbevoegdheid als de terugvorderingsbevoegdheid zien op de variabele beloning, i.e. bonussen. Voor de aanpassingsbevoegdheid is primair van belang of de beloning zich nog binnen de invloedssfeer van de raad van commissarissen bevindt. Hiervan is in ieder geval sprake bij een voorwaardelijk toegekende variabele beloning. Gelet op de bijzondere aard van de situaties waarin een bevoegdheid tot aanpassing wenselijk wordt geacht, rijst de vraag of deze bevoegdheid zich tevens zou moeten uitstrekken tot het vaste deel van de bezoldiging (men vergelijk § 87 AktG). Betoogd kan worden dat, indien zich een bijzondere situatie voordoet die aanpassing van de bezoldiging rechtvaardigt, er geen reden is om een deel van de bezoldiging van deze bevoegdheid uit te zonderen. Aan de andere kant kan worden betoogd dat het minder bezwaarlijk is om de variabele beloning aan te passen op grond van buitengewone omstandigheden dan de vaste beloning, omdat de variabele beloning ook nul kan zijn, terwijl een bestuurder zijn uitgavenpatroon zal afstemmen op hetgeen hij aan vaste inkomsten geniet. Om gekwalificeerde bestuurders te kunnen (blijven) aantrekken, moet niet de perceptie ontstaan dat de vennootschap niet gebonden is aan de overeengekomen bezoldiging. Een ander argument voor het beperken van de bevoegdheid tot de variabele beloning is dat het kabinet buitensporige bonussen aan banden wil leggen en daarvoor de raad van commissarissen wil toerusten met specifieke bevoegdheden. Alles afwegende, komt het kabinet tot de conclusie dat de aanpassingsbevoegdheid kan worden beperkt tot voorwaardelijk toegekende bonussen. Ook de terugvorderingsbevoegdheid wordt beperkt tot bonussen, aangezien bonussen in de regel afhankelijk zijn van gestelde doelen en juist de informatie over het behalen van de doelen van invloed is op de hoogte van de beloning. Dit is niet het geval bij een vast salaris. Voor een definitie van bonussen waarop de terugvorderingsbevoegdheid betrekking heeft kan worden aangesloten bij artikel 383c, dat wil zeggen de bonussen die zijn uitgekeerd en daarmee deel uitmaken van het vermogen van de bestuurder.

3. Aan wie komt de bevoegdheid toe?

Het ligt in de rede de bevoegdheid tot het kunnen aanpassen van bonussen toe te kennen aan degene die deze vaststelt. Dit zal in de praktijk veelal de raad van commissarissen zijn, of het bestuur in geval van een *one tier board*. De bevoegdheid tot het terugvorderen van een bonus komt toe aan de vennootschap. De raad van commissarissen moet in dat geval zelfstandig tot vertegenwoordiging van de vennootschap kunnen overgaan.

4. Onder welke omstandigheden moet een beloning kunnen worden aangepast c.q. teruggevorderd?

Een wettelijke bevoegdheid voor de raad van commissarissen om de waarde van een in het vooruitzicht gestelde bonus aan te passen is slechts gerechtvaardigd wanneer deze voor betrokkenen helderheid schept ten aanzien van de vraag wanneer deze situatie zich voordoet. De toegevoegde waarde van de wettelijke aanpassingsbevoegdheid ten opzichte van de bestaande mogelijkheden zoals hierboven geschetst bestaat erin

dat wordt verduidelijkt dat de raad van commissarissen de waarde van een bonus kan bijstellen en in welke gevallen dit kan. Aansluiting kan worden gezocht bij artikel 6:248 lid 2 BW. Denkbaar is voorts dat de raad van commissarissen in de overeenkomsten met een bestuurder nader uitwerkt in welke gevallen de aanpassingsbevoegdheid toepassing vindt. Het voordeel hiervan is dat de precieze inhoud van de overeenkomst door partijen kan worden vormgegeven zodat men beter weet waar men aan toe is. Denkbaar is dat de raad van commissarissen overgaat tot het aanpassen van de waarde van de bonus indien onverkorte uitbetaling in strijd zou komen met de doelstellingen van het vastgestelde beloningsbeleid, mede in aanmerking genomen de economische situatie waar de vennootschap zich in bevindt.

Ook een wettelijke bevoegdheid voor de raad van commissarissen om een bonus terug te vorderen indien deze is betaald op grond van onjuiste (financiële) informatie dient voor betrokkenen zoveel mogelijk helderheid te scheppen ten aanzien van de vraag wanneer deze situatie zich voordoet. De toegevoegde waarde van de wettelijke terugvorderingsbevoegdheid ten opzichte van de bestaande mogelijkheden zoals hierboven geschetst bestaat erin dat wordt verduidelijkt dat de vennootschap een bonus als onverschuldigd betaald kan terugvorderen en dat de raad van commissarissen de vordering namens de vennootschap kan instellen, of het bestuur in geval van een *one tierboard*.

Op basis van artikel 6:203 lid 1 BW is degene die een ander zonder rechtsgrond een geldsom heeft betaald, gerechtigd dit bedrag van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen. In geval van bonussen is van belang de toelichting op de jaarrekening, omdat artikel 2:383c BW bepaalt dat de vennootschap bij het uitbetalen van een bonus in de toelichting op de jaarrekening mededeling moet doen of de daaraan gekoppelde doelen zijn bereikt. Indien de doelen waarop de bonus is gebaseerd in werkelijkheid niet zijn bereikt, hoewel dit anders in de toelichting staat, moet er worden geacht sprake te zijn van onjuiste (financiële) informatie. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat het bestuur en de raad van commissarissen verantwoordelijkheid dragen voor de jaarrekening en het jaarverslag.

Mogelijk is voorts dat in een gerechtelijke procedure, die is aangespannen door een derde (aandeelhouder of toezichthoudende instantie), wordt vastgesteld dat de jaarrekening en/of de toelichting daarop onjuist is. Indien het besluit tot vaststelling van de jaarrekening door de Ondernemingskamer in het kader van de jaarrekeningprocedure wordt vernietigd, is daarmee ook de grondslag voor de uitkering van de bonus vervallen.

5. Hoe gaat aanpassen c.q. terugvorderen in zijn werk?

Het is aan de raad van commissarissen om de voorwaardelijk toegekende bonus die nog niet is uitbetaald aan te passen indien hij van oordeel is dat de omstandigheden zich voordoen die aanpassing rechtvaardigen. Voor de bestuurder moet een rechtsgang openstaan om dit oordeel te toetsen. De bestuurder kan naar de gewone rechter gaan om nakoming van zijn contract te vorderen.

Indien de raad van commissarissen van oordeel is dat de omstandigheden zich hebben voorgedaan die rechtvaardigen dat een reeds uitbetaalde bonus wordt teruggevorderd, zal hij via tussenkomst van de rechter de bonus terug moeten vorderen. Het ligt in de rede hiervoor aan te sluiten bij de regels over onverschuldigde betaling, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag welke rechtsgevolgen de onverschuldigde betaling met zich brengt. Hetzelfde geldt voor de verjaringstermijn, die vijf jaren bedraagt (artikel 3:309 BW).

Het ligt in de rede dat de raad van commissarissen via het jaarverslag verantwoording aflegt aan de algemene vergadering over het al dan niet gebruik maken van de bevoegdheden tot aanpassing en terugvordering.

Indien aandeelhouders van mening zijn dat de raad van commissarissen zich onvoldoende heeft ingespannen, is het aan hen om hieraan gevolgen te verbinden in de vorm van de uitoefening van hun rechten, bijvoorbeeld ten aanzien van hun stemgedrag over de jaarrekening of décharge.

VI. Conclusie

Buitensporige bonussen moeten kunnen worden tegengegaan. De huidige wet- en regelgeving, inclusief de Nederlandse corporate governance code 2008, biedt hiervoor reeds aanknopingspunten. Het kabinet acht het wenselijk dat de bevoegdheden om bonussen aan te passen dan wel terug te vorderen in de wet worden vastgelegd. Daartoe zal in april een voorontwerp van wet beschikbaar worden gesteld voor consultatie, langs de volgende lijnen:

1. voor de reikwijdte van de regeling wordt aangesloten bij de artikelen 135 en 383c van boek 2 BW;
2. het gaat om de bevoegdheid tot aanpassing van de waarde van voorwaardelijk toegekende variabele beloning die gekoppeld is aan doelstellingen, alsmede om de bevoegdheid tot terugvordering van variabele beloning die is uitbetaald;
3. *de bevoegdheden tot aanpassing en terugvordering komen toe aan de raad van commissarissen, dan wel aan het bestuur in geval van een one tier board;*
4. de aanpassingsbevoegdheid kan worden uitgeoefend in geval onverkorte uitbetaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is; de terugvorderingsbevoegdheid kan worden uitgeoefend in geval de uitbetaling is gebaseerd op onjuiste informatie.
5. de raad van commissarissen legt aan de algemene vergadering verantwoording af over het al dan niet gebruik van de bevoegdheden via het jaarverslag.

Het kabinet verwacht dat het wetsvoorstel de raad van commissarissen in staat stelt te verzekeren dat de beloning bijdraagt aan het (lange termijn) belang van de onderneming en daarmee aan de samenleving als geheel.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin